

## IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

A cura di

Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti

1. Nuovo codice dei contratti pubblici e codice della crisi: cenni. - 2. Esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale e contratti pubblici. - 3. Esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale e contratti pubblici: segue. - 4. Il fenomeno dei raggruppamenti d'impresa nella liquidazione giudiziale. - 5. Il primato dell'interesse pubblico.

### 1. Nuovo codice dei contratti pubblici e codice della crisi: cenni.

Il nuovo codice dei contratti pubblici<sup>1</sup> ha visto luce grazie al d.lgs. n. 36/2023<sup>2</sup> (d'ora in poi anche NCCP)<sup>3</sup>, che ha riformato il precedente di cui al d. lgs. n. 50/2016 (d'ora in poi anche VCCP), il quale, comunque, mantiene sempre un importante ambito applicativo, visto che continuerà a disciplinare i procedimenti in corso che, ai nostri fini, *“si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte...”* (art. 226, comma 2, NCCP).

Prima di affrontare lo specifico tema di indagine delle poche pagine che seguono - i rapporti tra il nuovo codice dei contratti pubblici e la liquidazione giudiziale -, ci sembra opportuno fare un veloce

---

<sup>1</sup> Il terzo in poco meno di vent'anni (e volendo essere dimentichi dei numerosi innesti che ciascuno ha subito), a conferma della delicatezza del tema per le molteplici ricadute sul tessuto, non solo economico, dello Stato (ferma l'esigenza di adattamento alle Direttive unionali 2014/23-24-25). I due precedenti codici sono, come noto, quelli di cui al D.lgs. n.163/2006 e D.lgs. n.50/2016.

<sup>2</sup> Con entrata in vigore dal 1° aprile 2023, ma efficacia dal successivo primo luglio (art. 229 NCCP).

<sup>3</sup> Cfr. tra i primi commentatori: F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti*, in *Amministrativamente.com*, 3, 2023, p. 1291 e ss; D. LATELLA, *Concordato in continuità e contratti pubblici: note a margine del CCII, in vista del nuovo Codice degli appalti*, in *Fallimento*, 4, 2023, p. 469 e ss; ID., *Il nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 36/2023): le norme in materia di concordato preventivo e contratti pubblici stipulati dall'impresa in crisi*, in *Gazz. for.*, 3, 2023; A. PEZZANO, *Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2023, pubbl. il 13 giugno 2023.

cenno su quali altri (fra i tanti oramai) procedimenti concorsuali (anche in senso lato) previsti dal Codice della Crisi (e non solo) risultano **incisi** dalla nuova normativa.

Per far ciò è pregiudiziale chiarire subito che sono tassative, ai sensi dell'art. 10 NCCP (il quale ha recepito quanto costituiva già diritto vivente e comune ad altre normative unionali), le cause di esclusione dalla possibilità di stipula ed esecuzione di contratti pubblici.<sup>4</sup>

Dunque, nessuna esclusione potrà avvenire, ove non risulti sancita espressamente dal codice dei contratti pubblici; quindi neppure in forza di un'interpretazione estensiva e men che mai per analogia<sup>5</sup>. Pertanto, ferma la possibilità di accedere a gare e/o eseguire contratti già in corso al verificarsi di determinate condizioni comunque "salvifiche", le stipula ed esecuzione dei contratti pubblici sono inibite solo ai soggetti in liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo (art. 94, comma 5, lett. d), NCCP).

Dunque, ricorrendo gli altri presupposti, soggettivi e oggettivi, richiesti dalle PP.AA., porte aperte a rapporti con soggetti in composizione negoziata, accordi di ristrutturazione (nelle varie declinazioni), piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, amministrazione straordinaria (nelle diverse forme). E per le stesse ragioni, anche rispetto alle procedure da sovraindebitamento non dovrebbero esservi ipotesi di esclusioni aprioristiche.

Invece, in caso di concordato nella liquidazione giudiziale, essendo pur sempre un sub-procedimento della procedura maggiore, probabilmente non sarà possibile l'accesso ad una gara pubblica, salvo che negli stessi limiti permessi al curatore in caso di liquidazione giudiziale, come vedremo meglio in appresso<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Art.10 - Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione. "1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice. 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte...". E va dato atto al legislatore di nuovo conio di aver anche eliminato le dissonanze tra le procedure concorsuali richiamate dal VCCP all'art.48, commi 17 e 18 (in tema di raggruppamenti di imprese) e quelle indicate nelle norme, di carattere generale, di cui agli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110, comma 1.

<sup>5</sup> Anche di recente è stato affermato che, nel silenzio della legge e nonostante le indubbe assonanze tra fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria, l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria, non essendo inclusa tra le procedure escluse dal d. lgs. n. 163/2006 (come neppure dall'attuale codice all'art. 94, comma 5, lett. d), NCCP), non è ostativa alla partecipazione alle gare pubbliche, fermo comunque il diritto della stazione appaltante di autonomamente valutare se comunque l'impresa appaltatrice possieda i requisiti, anche rispetto a pregressi fatti ostativi, ritenuti indispensabili per perseguire al meglio gli interessi pubblicistici alla solerte ed efficiente realizzazione dell'opera (Cfr. Cons. Stato 22 agosto 2023, n. 7905).

<sup>6</sup> Va peraltro segnalato che la giurisprudenza di legittimità, almeno sotto la vigenza delle precedenti normative sui contratti pubblici, si è dimostrata sempre aperta rispetto ai fenomeni successivi relativi ai rapporti in corso, considerata l'indiscussa sussistenza del diritto della P.A. ad in ogni caso valutare se il soggetto subentrante

Infine, va dato conto di una disposizione - art. 120, comma 1, lett. d), n. 2, NCCP (l'omologa dell'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, VCCP) - vocata naturalmente *pro* massa dei creditori (e quindi applicabile anche alle procedure concorsuali non ricomprese fra le predette escluse). Difatti, consente la monetizzazione di quella che potrebbe essere pur sempre un'importante posta attiva, attraverso la cessione della posizione contrattuale in caso - si afferma genericamente - di "insolvenza", pertanto, in tutti i casi in cui tale stato sussiste.<sup>7</sup>

In fondo è quanto accade anche, pur potendovi essere una mera situazione di crisi, in ipotesi di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, secondo cap., c.c.i.i. (e ancor prima, sin dal 2012, con l'art. 186-*bis*, comma 3, terzo cap., l. fall.).

## 2. Esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale e contratti pubblici.

Esplorato l'effettivo raggio d'azione "concorsuale" del nuovo codice dei contratti pubblici e precisato che la sua portata nella procedura maggiore riguarda tutti i rapporti in corso ( art.172, comma 7, c.c.i.i.), e non il solo contratto d'appalto, come invece avveniva in passato ( art.81, comma 2, l. fall.), con specifico riguardo alla liquidazione giudiziale, *focus* dell'indagine in corso, deve registrarsi, anzitutto, una novità (anzi forse due, come chiariremo nel proseguo) in sede di esercizio provvisorio<sup>8</sup> (sì, ancora così "nostalgicamente" definito dall'art. 124 NCCP il nuovo esercizio dell'impresa di cui all'art. 211 c.c.i.i.).<sup>9</sup>

---

(generalmente l'assuntore del passivo concordatario) abbia, o meno, i requisiti per eseguire al meglio il contratto pubblico (Cass. 28 luglio 2016, n.15698; Cass. 26 maggio 2009, n. 12140).

<sup>7</sup> Sulla tematica, ci sia permesso il rinvio a A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli Appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fall.*, 7, 2016, pp.758-764; v. anche, B. ARMELI, *L'affidatario di contratto pubblico di appalto divenuto insolvente*, in *IFallimentarista.it*, pubb. 12 settembre 2022; L. D'ORAZIO, *Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Fall.*, 2017, pp. 749-760; ID., *Il Concordato preventivo, le commesse e le gare pubbliche*, in *Fall.*, 2019, pp. 1085-1086.

<sup>8</sup> Sulla disciplina dell'istituto nell'evoluzione normativa, preziosa e' la rassegna dottrina offerta da F. FIMMANÒ, in nota 5 de *I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti*, cit.: C.M. Rivolta, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Milano, 1969; I. Andolina, "Liquidazione dell'attivo" ed "esercizio provvisorio dell'impresa" nel fallimento, in *Dir. fall.*, 1978, I, 181 s.; A. Cavalaglio, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali)*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 238 s.; B. Meoli, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fallimento*, 2005, 1042 s.; L. Abete, *Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni*, in *Dir. fall.* 2006, I, 659; M. Ferro, *La liquidazione dell'attivo: fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio, fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 805 s.; E. Sorci, *sub art. 104 l.f.*, in *La nuova legge fallimentare annotata*, a cura di G. Terranova, Napoli, 2006, 193 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *Foro it.*, 2006, V, 197; E. Stasi, *L'esercizio provvisorio*, in *Fallimento*, 2007, 853 s.; E. Bertacchini, *L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini - S. Gualandi - S. Pacchi - G. Pacchi - G. Scarselli, Milano, 2007, 325 s.; S. Ambrosini, *L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. XI, Padova, 2008; L. Mandrioli, *La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti - L. Panzani, Milano, 2008, 421 s.; A. Dimundo, *sub art. 104 l.f.*, in *Codice comm. fall.*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 925 s.; P. Fabbio, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento*, Napoli, 2011; A. Rossi, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano,

Difatti, il comma 10 dell'art. 211 c.c.i.i., sancisce che il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa può proseguire i contratti in corso, ma *“non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori [nдр: anche, soprattutto - aggiungeremmo - pubblici], forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto”*, in linea, d'altro canto, con l'art. 94, comma 5, lett. d), NCCP<sup>10</sup> (sostituente l'art. 80, comma 5, lett. b VCCP).

Orbene, il nuovo art. 124, comma 4, NCCP<sup>11</sup> (che, a sua volta, ha preso il posto dell'art. 110 VCCP)<sup>12</sup> prevede, sempre con l'autorizzazione del giudice delegato, oltre la prosecuzione dei rapporti in corso (come in passato), anche di stipulare un nuovo contratto pubblico, laddove l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di insolvenza<sup>13</sup>, chiarendo, altresì, che il curatore può eseguire

---

2013. Per una peculiare valorizzazione dello strumento, cfr. A.Pezzano, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, in *ilCaso.it*, 2016.

<sup>9</sup> S. LEUZZI, *L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, I, 2019, p. 854 ss.

<sup>10</sup> “...5. Sono altresì esclusi: ... d) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali...”

<sup>11</sup> Disposizione che al successivo comma ha compiutamente normato anche rispetto al concordato preventivo (e, ragionevolmente, anche rispetto al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, visto il rinvio all'art. 95 c.c.i.i. di cui al comma 9 dell'art.64-bis c.c.i.i.): “5. Per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice. Nel caso in cui la domanda di cui al primo periodo sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, la stipulazione del contratto deve essere autorizzata nel termine previsto dal comma 4, ai sensi dell'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019.” Dunque, relativamente al concordato preventivo, poco è cambiato rispetto all'art.110 VCCP, fatta eccezione per l'avvenuta eliminazione dell'obbligo di avvalimento che era prima previsto dal quarto comma dell'art. 110 cit. (ferma comunque la facoltà di avvalersene in logica *self cleaning* ex art. 96 NCCP, cioè quell'attività di “salvataggio” ora sempre permessa anche al soggetto in procedura concorsuale, come meglio chiariremo anche *supra* rispetto al curatore nella liquidazione giudiziale). Ovviamente, resta ferma la significativa modifica avvenuta in sede di art.95, comma 5, c.c.i.i. attraverso l'eliminazione del limite, per l'impresa concordataria, a poter partecipare anche come mandataria in un raggruppamento d'impresa (invero, modifica che comunque stride un po' con la scelta di mantenere l'inciso finale: “sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale”, anche perché aspetto riguardante più le valutazioni della stazione appaltante ai sensi del combinato disposto degli artt. 96, comma 6 e 97, comma 2, NCCP).

<sup>12</sup> Articolo che, peraltro, ancora risulta richiamato nell'art. 211, comma 8, c.c.i.i., rispetto a disposizione, il relativo comma 3, comunque assorbita nella più ampia previsione del predetto comma 4 dell'art. 124 NCCP.

<sup>13</sup> Difatti, “si tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora in bonis, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Si è ritenuto, pertanto, che meritasse tutela l'aspettativa della curatela alla stipula del contratto, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sempre sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità, da parte della società fallita, dell'esecuzione del contratto.” (Relazione illustrativa sub art. 124 NCCP).

anche gli accordi quadro già stipulati dall'impresa poi divenuta insolvente<sup>14</sup>. L'autorizzazione giudiziale deve comunque intervenire entro il termine di sessanta giorni decorrenti dall'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione *ex art. 18, comma 2, NCCP* (termine che, ove ancora in corso al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale<sup>15</sup>, forse sarebbe stato opportuno sospendere per qualche tempo, al fine di consentire al curatore le valutazioni del caso, in linea così con i principi, anche temporali, ricavabili dal combinato disposto degli artt. 186, comma 1 e 172, comma 2, c.c.i.i.)<sup>16</sup>.

In mancanza, il curatore può svincolarsi e la stazione appaltante può procedere ad interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara. Resta ferma, in ogni caso, la possibilità per la curatela, ove riesca in tali ristretti termini ad organizzare una rapida procedura competitiva *ex art. 216 c.c.i.i.*, di cedere la posizione contrattuale ai sensi dell'art.120, comma 1, lett. lett. d), n. 2, NCCP<sup>17</sup> (come visto, l'equivalente dell'art. 106 VCCP), atteso che lo scorrimento, previsto (anche) dai primi tre commi dell'art. 124 NCCP, dovrebbe ritenersi procedimento comunque facoltativo e non obbligatorio, come confermato anche da tale alternativa sostitutiva esterna<sup>18</sup>.

### 3. Esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale e contratti pubblici: segue.

Ma, oltre al caso di avvenuta aggiudicazione, il curatore sembra avere un'altra *chance* - ed ecco quella che potrebbe essere un'interessante seconda novità del novello codice dei contratti pubblici - per portare ad ultimazione il (nuovo) contratto pubblico che ritenga di interesse per la massa (ad es., perché strumentale ad uno già in corso nell'intrapreso esercizio dell'impresa *ex art. 211 c.c.i.i.*).

Difatti, ove l'imprenditore, prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale, abbia comunque iniziato il percorso di partecipazione ad una gara pubblica, il nuovo codice dei contratti pubblici, a differenza

---

<sup>14</sup> Al fine così di rispondere - precisa sempre la relazione illustrativa della disposizione - *"al dubbio se il curatore potesse stipulare contratti applicativi dell'accordo quadro, oppure se l'accordo quadro stipulato rimanesse comunque valido, ma "sospeso" fino al subentro di un nuovo soggetto acquirente dell'azienda o cessionario del contratto."*

<sup>15</sup> Dichiarazione giudiziale che, dunque, sarebbe opportuno, *recte* doveroso (visto anche l'art. 323, comma 1, lett. d), c.c.i.i.) che sia lo stesso debitore insolvente ad affrettarsi a far dichiarare, ove via sia il rischio di perdere una posta attiva *pro massa*.

<sup>16</sup> Anche se risulta incontestabile il primato attribuito alla tempestiva esecuzione dell'opera dal nuovo codice dei contratti pubblici, tanto da farlo assurgere a faro della neo-normativa, non a caso inserito, sin dal relativo primo articolo: *"1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza."*

<sup>17</sup> *"...d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze: ... 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124;..."*

<sup>18</sup> Tar Lazio – Roma 10 gennaio 2023, n. 344, in *CodiceAppalti.it*.

del precedente, consente all'art. 96, comma 6, anche nel caso di tale avvenuta dichiarazione (essendo espressamente escluse solo ipotesi diverse da quelle regolate dal citato art. 94, comma 5), che *“un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto.”*

Dunque, riecheggia, nella disposizione di *“self cleaning”* de qua, la previsione del primo comma dall'art. 186 c.c.i.i. e segnatamente la necessità per il curatore di offrire *“idonee garanzie”* che l'impresa dichiarata insolvente risulti in grado di far fronte, non alla mera prosecuzione di un contratto d'appalto già in corso (ambito di previsione della norma concorsuale), ma anche all'esecuzione di uno nuovo. Fermo che nello scenario dei contratti pubblici - come inappellabilmente *“sentenzia”* il predetto art. 96 - sarà sempre e solo la stazione appaltante a stabilire *“se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate”*<sup>19</sup>.

Per tentare di coordinare, con la previsione del comma 10 dell'art. 211 c.c.i.i., questa disposizione di (ulteriore) apertura, che risulterebbe indubbiamente *pro* massa dei creditori (senza minare comunque la salvaguardia dell'interesse alla migliore e solerte conclusione dell'opera pubblica, visto che *“l'ultima parola”* è lasciata sempre alla stazione appaltante), può affermarsi che al curatore, ora e a determinate condizioni, è consentito, sia concludere un contratto pubblico in cui l'aggiudicazione si è già verificata *ante* dichiarazione giudiziale, sia partecipare ad una gara ancora in corso, mentre non gli è permesso parteciparvi *ab initio*.

#### **4. Il fenomeno dei raggruppamenti d'impresa nella liquidazione giudiziale.**

Con la nuova previsione dell'art. 97, comma 2, NCCP<sup>20</sup>, assorbente in via generale anche la disciplina specifica di cui ai commi 17 e 18 dell'art. 48 VCCP in tema di esclusioni/sostituzioni di imprese

---

<sup>19</sup> D'altra parte, già *ante* nuovo codice risultava *“diritto vivente”* che *“rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di self cleaning adottate in corso di procedura e di valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi”* (Cons. Stato 20 febbraio 2023, n. 1700).

<sup>20</sup> Art. 97, comma 2, NCCP *“Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.”*

mandatarie e mandanti insolventi in caso di raggruppamenti temporanei di imprese e figure simili (che ora nel nuovo art. 68 trovano la restante regolamentazione prevista prima nell'antecedente art. 48)<sup>21</sup>, potrebbe risultare corroborata la conclusione che il curatore dell'impresa insolvente mandante, non sciogliendosi automaticamente il contratto di mandato alla luce dell'art. 183, comma 3, c.c.i.i. (a differenza dell'ipotesi di impresa mandataria insolvente, visto l'antecedente comma 2), possa anche scegliere di proseguire, per la propria quota parte di appalto, il contratto pubblico, anziché essere subito estromesso ai sensi di tale nuova previsione.

Difatti, l'art. 97 fa comunque salva l'applicabilità dell'antecedente art. 96 e quindi la possibilità anche per il curatore di ricorrere a misure di “*self cleaning*”<sup>22</sup>.

Va però appuntato che, anche negli scenari dei raggruppamenti di impresa, chi alla fine decide è sempre e solo la stazione appaltante che, dunque, potrà ritenere le “*idonee garanzie*” di cui al combinato disposto degli artt. 186, comma 1, c.c.i.i. e 96, comma 6, NCCP, “*intempestive o insufficienti*”, con conseguente esclusione dell'intero raggruppamento, scenario che dunque dovrà indurre la curatela ad una ponderata valutazione prima di assumere una decisione di tal guisa.

Forse, ove tempestivamente assunta, anche in tali casi potrebbe risultare percorribile l'opzione della c.d. “sostituzione esterna”, pur avversata dalla giurisprudenza amministrativa, alla luce dell'interpretazione offerta della previsione dell'art. 48, comma 9, VCCP (invero riprodotta anche nel comma 15 dell'art. 68)<sup>23</sup>. Attraverso, cioè, la cessione della quota di contratto di appartenenza della massa, che comunque verrebbe realizzata a mezzo procedura competitiva, ai sensi del citato art. 120, comma 1, lett. d), n. 2, NCCP, peraltro essendo sempre consentita alla stazione appaltante ogni valutazione del caso circa

---

<sup>21</sup> Così, infatti, sembra esprimersi la relazione illustrativa all'art. 97 NCCP: “*Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. “sostituzione” od “estromissione” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive.*”

<sup>22</sup> Per completezza va comunque segnalato che tale scenario di *self cleaning pro curatela* non sembra considerabile allorché sia stata proprio l'intervenuta liquidazione giudiziale dell'impresa mandante a provocare l'impedimento di esecuzione del contratto pubblico. E ciò alla luce della previsione di cui all'art. 196 NCCP (l'omologo dell'art. 187 VCCP), in tema di opere pubbliche finanziate con contratto di leasing, il cui sesto comma, infatti, recita: “*Uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi.*”

<sup>23</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen. 8 febbraio 2022, n.899. Sembrano offrire qualche apertura in tema le considerazioni di cui al parere precontenzioso Anac, 16 novembre 2022, n. 540.

idoneità e tempestività della sostituzione così effettuata, ai sensi dell'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 97 NCCP<sup>24</sup>.

## 5. Il primato dell'interesse pubblico.

Una breve nota a chiusura di questa veloce carrellata sulle nuove norme dei contratti pubblici intersecanti quelle del Codice della Crisi.

Ed è una riflessione prettamente concorsualistica su una norma tanto discussa per altre ragioni, e cioè sull'art. 158 NCCP in tema di procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

È infatti, teoricamente, previsione senz'altro incentivante i percorsi liquidatori nelle procedure concorsuali, atteso che consente alle PP.AA. di partecipare esse stesse direttamente ai procedimenti competitivi di liquidazione dell'attivo delle procedure, ogni qual volta via sia un possibile acquisto di forniture o servizi *“a condizioni particolarmente vantaggiose ...o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe”* (art. 158, comma 2, lett. i), NCCP).

Vi è solo da chiedersi, in concreto, come pre-verificare tali peculiari condizioni di partecipazione alla gara, ma soprattutto il motivo per cui una procedura concorsuale, che deve massimizzare i ricavi *pro creditoris*, dovrebbe vendere a valori vili (in disparte dell'impropria terminologia utilizzata per l'acquisizione presso *“il liquidatore”* nelle ipotesi *“di procedura di insolvenza”* ovvero con *“un accordo con i creditori?”*).

Tornando al tema d'indagine centrale e per concludere, quel che è invece certo è che con il nuovo codice il primato dell'interesse pubblico al solerte ottenimento del risultato perseguito dalla P.A. contraente/concedente ne esce rafforzato, rispetto a quello della comunità dei creditori dell'impresa insolvente.

Sebbene sia innegabile che d'ora in poi il curatore avrà maggiori frecce nella sua faretra per (cercare di) valorizzare quella che potrebbe essere sempre un'importante posta dell'attivo, quando non anche ed

---

<sup>24</sup> Negli stessi termini, F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti*, cit., perché *“nella dinamica degli interessi in gioco non è possibile immaginare un depauperamento dei valori attivi in pregiudizio alla massa, visto che si tratta di interessi officiosi che non rispondono a logiche meramente privatistiche ma di diritto pubblico dell'economia, e quindi l'interpretazione dovrebbe essere orientata necessariamente nella direzione della cedibilità della posizione contrattuale ad opera della procedura.”*

ancor di più un fondamentale elemento per cedere in esercizio, anche in sede concordataria<sup>25</sup>, un ramo aziendale “vivo” dell’impresa insolvente.

[www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org)

---

<sup>25</sup> Ci sia consentito in tema, il rinvio a A.Pezzano, *Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale*, cit.